

✻ INITIVM A DOMINO: ✻

POR DON LOPE Y D. PEDRO DIAZ DE MORALES Y VENEGAS CAVALLEROS DE LA ORDEN DE ALCANTARA.

CONTRA DON GERONIMO FERNANDEZ DE CORDOVA.



* INITIVM A DOMINO *

POR

DON LOPE Y D. PEDRO DIAZ DE MORALES Y VENEGAS,

CAVALLEROS DE LA ORDEN DE ALCANTARA.

CONTRA DON GERONIMO FERNANDEZ DE CORDOVA.

EL HECHO DE ESTE PLEYTO es el siguiente.



DON Lope y Don Pedro, otorgaron vna Escritura en 9. de Febrero del año de 1649. ante Nicolas Damas Escriuano publico, y del numero de Cordoua, en que por el afecto que dixeron tenian à Don Fernando de Cordoua su deudo, se obligaron à hazer diligencias en ordẽ à sacar en su cabeça, vn Abito de las tres Ordenes Militares destos Reynos, dentro de dos años primeros siguientes, y en su defecto à pagarle por raçon dello y su estimaciõ, dos mil ducados. La clausula dize à la letra assi.

¶ Hazemos obligacion, y nos obligamos, de que yo el dicho D. Pedro Diaz de Morales y Venegas, suplicarè à su Magestad (Dios le guarde) me haga merced de vn Abito de las tres Ordenes Militares, en favor y cabeça de Don Fernando de Cordoua nuestro primo y tio, vezino desta Ciudad, de quien nos hallamos obligados, y le tenemos mucho afecto, amor, y voluntad, y deseamos que lo pase con toda cõmodidad, y para que mas bien tome estado conforme à su notoria calidad, nos obligamos de sacarle la dicha merced del dicho Abito, y le entregaremos Real Cedula dello en su cabeça, dentro de dos años primeros siguientes, y el termino pasado no aviendole entregado la dicha merced, le pagaremos por razon dello y por su estimacion, dos mil ducados &c.

¶ En cumplimiento desta promesa, fue Don Pedro à la Corte, à donde con toda solicitud y vigilancia valiendose de memoriales, y todas las demas diligencias que en tales casos se acostumbran, procurò impetrar de su Magestad la merced del Abito, y estando en esta ocupacion, le sobrevino vna enfermedad graue, que le compeliò à repatriar segun contestan muchos testigos.

¶ Aviendo buelto à Cordoua Don Pedro, muriò Don Fernando à 24. de Enero de 1650. sobreviviẽdo despues de la Escritura once meses y medio, de que ay bastante verificacion en los Autos. Don Fernando en el testamento con cuya disposicion muriò, que pasó ante el mismo Escriuano, en 23. del dicho mes de Enero del dicho año de 650. puso esta clausula.

¶ Declaro que Don Lope, y D. Pedro &c. mi primo, y sobrino, me tienen hecha obligaciõ, de darme la merced de su Magestad para

vn Abito de las tres Ordenes Militares, como mas largamente consta de la Escritura ante el presente Escriuano: este derecho y accion lo cedo y mando, á Don Geronimo Fernandez de Cordoua mi hermano, mayor, para que lo aya y se lo ponga, y teniendo efecto lo suso dicho luego q̃ aya heredado y suceda en la Cassa y Mayorazgo de Zuheros, tenga obligacion de dar y dé, à Don Andres Fernandez de Cordoua nuestro hermano, mil ducados, y con esta calidad y cōdicion le hago la dicha manda, y cesion, y asi le suplico al dicho D. Geronimo de Cordoua mi hermano, lo tenga por bien.

¶ Muerto Don Fernando, aceptò Don Geronimo su hermano la manda, y en virtud della y de la Escritura, pidiò execucion contra Don Lope, y Don Pedro, hizose con efecto, y ellos se an opuesto; su defensa se reduce à dos excepciones. La primera, que la promesa fue de hecho ageno, y segun la Ley Real se resolviò, en que solicitarian y harian diligencias para que su Magestad diese el Abito à Don Fernando, y que las hizieron y no pudieron consiguirlo, con que quedaron libres, y extinguida la promesa de los 2U. ducados. La segunda, que Don Fernando murió pendiente el termino de la obligacion, antes que incurriesen en mora los obligados, con cuya muerte se resolviò la obligacion, y no la tienen de pagar la cantidad que se les pide.

¶ Estas dos excepciones é de fundar en derecho, formādo sobre cada vna vn articulo, y de las razones que en ellos dixere, resultaran... o futados perentoriamente los fundamentos que pueden asistir al actor, si merecen este nombre.

ARTICVLO PRIMERO.

Nu. 1. QVE la promesa sea de hecho ageno, patet ad sensum: pues Don Lope y Don Pedro se obligaron à impetrar de su Magestad la merced de vn Abito para D. Fernando, y siendo solo el Principe el que vnicamente la haze, y puede hazer, y no otro, sequitur necessario quod factum alienum promisserunt. Y á no ser esta gracia de las que el Rey frequentemente exercita, fuera preciso confesar que la promesa non solum includebat alienum factum, sed etiam impossibilitatem, nam quod vnius solius potestati relinquitur impossibile reputatur: L. apud Iulianum §. fin. ff. de legat. primo exornant Couar. in 4. 2. part. cap. 3. nu. 8. & in cap. filius noster nu. 5. de test. Molina de Primog. lib. 2. cap. 13. nu. 8. Paz ad l. Stili ad l. 39. scholio 3. nu. 27. Sanchez de Matrim. tom. 1. lib. 5. disp. 5. nu. 5. & 12. Nicolas Garcia de Beneficijs 2. tom. 7. part. cap. 2.

¶ Siendo

¶ Nu. 2. Siẽdo promesa de hecho ageno (como euidétemente lo es) se resolviò en q̃ cuidarian, y solicitarian q̃ su Magestad hiziese la dicha merced, y con diligenciarlo como lo diligenciaron, vt exactissime probatum est, quedaron estos Cavalleros libres de su promesa, en lo principal della, y en lo secundario que es la paga de los dos mil ducados por via de estimacion, y omitiendo lo que sobre el punto està dispuesto por derecho ciuil, Canonico, y de las siete Partidas, recurriré brevemente à nuestro derecho del Reyno, por cuyas Leyes nos emos de gouernar. La ley 2. tit. 16. lib. 5. noue comp. dà á entender q̃ la promesa de hecho ageno es valida, y aunque Antonio Gomez y otros Doctores en terminos della tienen lo contrario, su verdadero sentido es que la dicha promesa tiene valor non simpliciter & absolute, sed vt sponsor se astringat ad curandum vt allius eficiat. Ita cum Greg. Lopez, Gutierr. Olano, Matienço, Aceb. & P. Molina recte interpretatur, Thom. Sanch. de Matrim. lib. 1. disput. 24. nu. 10. & eleganter Zeuallos multa iura cumulans, in 3. quæst. 846. per totá, præcipu nu. 17. en que dà el mismo entendimiento à esta Ley. Y despues de ellos con su extraordinaria erudicion, el Señor Obispo y Presidente Valençuela Velazquez, tom. 1. cons. 14. nu. 25. & 26. & nu. 46. y quádo no tuvieramos estas authoridades y comun opinion, la misma Escritura bastara, pues en ella entra obligandose Don Pedro con estas palabras, *Suplicarè à su Magestad (Dios le guarde) me haga merced de vn Abito de las tres Ordenes Militares, en favor y cabeça de Don Fernando &c.* Notese aquella palabra *Suplicarè*, que significa me curaturum.

¶ Nu. 3. Desta resoluciõ constante de derecho resulta, q̃ del modo q̃ el promisor de hecho ageno se libra desta obligacion, cuidando y solicitando todo lo posible vt alter efficiat, aunque no lo consiga, de esse mismo se exime de la prestacion de la pena, interes, y estimacion que en la promesa se dedujo, en caso que no alcançase lo prometido en terminos de nuestro derecho del Reyno. Esta question la examina largamente el P. Thom. Sanchez vbi supra, disput. 25. per totá, y en el nu. 3. resuelue con la comun Escuela de los Doctores, q̃ queda libre de la pena, interes, y estimacion conuenida. Lo mismo dize n.8. ℣. verius tamen est. Idem tradit Zeuallos dict. quæst. 846. nu. 18. ibi. *Quod intellege si promissor non curanit nec fecit omnem diligentiam si vero faciat quod in se est quod tertius ad impleat, qui à due noluit ad implere, tunc remanet promisor liberatus à pœna, & interese, & ita est intelligenda dicta L. Partitæ, & lex Recop. vt existimãt Doctores supra &c.* Y en los numeros siguientes refiere que el caso sucediò en Toledo, y se juzgò por esta opinion, exactissimamente el Señor Valençuela dict. cons. 14. á nu. 8.

cum

cum seqq. en los quales congiere infinidad de fundamētos, derechos, y authoridades, y todos estos Doctores hablan aunque la promessa del hecho ageno esté confirmada con juramento.

¶ Nu. 4. Es en tanto grado cierto lo que dexamos fundado, q̃ aunque el promisor de hecho ageno se obligue à cumplirle cum effectu, queda libre de la pena si hizo lo que pudo, y no consiguiò, ita Sanchez dict. disp. 25. nu. 4. Zeuall. dict. quæst. 846. nu. 16. & à n. 22 cũ seqq. en que pone algunos casos notables, & Dominus Valençuela, dict cons. 14. nu. 29. & 30. y en terminos de derecho commun, fundan lo mismo, y en casos de palabras mas efficaces y obligatorias, Iacobo Menoch. cõs. 239. à nu. 13. tom. 3. Farinac. in praxi 3. to. quæst. 107. á nu. 307. Thuscus Litera F. cõclus. 17. nu. 3. & nu. 25. per totã, ellegancer Oliberius Beltramium ad Alexandrum Ludouisium decis. 241. à n. 7. y cõ admirable erudiciõ Ciriaco to. 1. cõtrovers. 103. per totã.

¶ Nu. 5. Con lo fundado queda desvanecido lo que se puede considerar por Don Geronimo, que en auer dicho Don Lope y Don Pedro aquellas palabras, *y el termino pasado no auiendole entregado la dicha merced, le pagaremos por razon dello, y por su estimacion, dos mil ducados,* prometieron hecho proprio y dineros suyos, y consequentemente estan obligados à su obseruancia, porque se responde, que esta obligacion de pagar la cantidad referida, es secundaria, y dependiente de la principal de impetrar el Abito, y extinguiendose esta por las diligencias hechas por necessaria consequencia, se à de extinguir la otra como accesion suya, como resuelven todos los Doctores citados en los numeros antecedentes, sino es que constara de la intencion delos cõtraientes que se auian querido obligar, in omnem euẽtum ex traditis à Thom. Sanch. vbi supra nu. 6. y esta clausula no està puesta en la Escritura, y aun en terminos della corriera la liberacion de Don Lope, y D. Pedro, vt ellegãnter tradũt Farinac. Oliberius, Beltraminus, & Ciriacus, in locis supra allegatis, diziendo que esta opinion es la mas segura y cierta, y la que se practica en los Tribunales.

ARTICVLO SEGVNDO.

Nu. 6. ESTE contiene el punto principal de la litis pendencia, y es necessario vt in eo aliquantulum in moremur, para cuya dilucidacion hago vn presupuesto infalible, y es, que los Abitos de las *Ordenes Militares* son cosas personales, y como tales intransmissibles, y incessibles, ita Parlador. in sex quæst. diff. 150. §. 3. nu. 13. Belascus de partic. cap. 13. nu. 174. Hermosilla ad Greg. in l. 3. tit. 4. part. 5. glos. 6. nu. 59.

6. nu. 59. & 60. tom. 1. fol. 241. at ergo Carualhus in tract. de 4. falcidia, & Trebelianica 4. part. cap. 1. nu. 106. y hablando en mercedes, Olea decess. juriũ tit. 3. quæst. 1. à nu. 21. maxime por auerse contemplado la persona de D. Fernando para sacar el Abito, y no otra, Grat. 3. tom. discept. foren. cap. 541. nu. 1.

¶ Nu. 7. Hoc suposito dicendum est, que luego que D. Fernã do muriò pendiente el termino de los dos años, en que se obligaron Don Lope y Don Pedro, & sic ante eorum moram, quedaron libres de proseguir las diligencias para impetrar el Abito, y de pagar la estimacion de los dos mil ducados, y se extinguiò la obligacion que auiã contraido. Ratio in promptu est: porque la obligacion dura tanto tiempo, quanto persevera su causa inductiua. Bald. in l. qui per salutem, nu. 33. de jure jurando, Boerius decis. 131. nu. 3. Grat. 4. to. disceptationũ cap. 689. nu. 12. at para obligarse Don Lope y Don Pedro, à solicitar y sacar la merced del Abito, contemplaron y tuvieron en consideracion la persona de Don Fernando, indiuiduando su obligacion del afecto y amor que le tenian, luego bien se sigue que faltando su persona como faltò por su muerte, antes que ellos caiesen en mora, quedaron libres, quia debitor facti eximitur ab obligatione si illud factum desinit posse fieri per mortem naturalem sive ciuilem, l. si dec serit in fine, ff. qui satisdare coganter, & cum Zephalo, Menochio, & alijs, Grat. dicto 4. tom. disceptat. cap. 708. nu. 4. Carleual disput. juris lib. 1. tit. 3. disputat. 3. nu. 13.

¶ Nu. 8. Rursus, parece que nuestro caso le decide Roberto Maranta 6. part. disputat. 7. nu. 24. ba hablando en los numeros antecedentes, de la promesa de hecho ageno, en que huvo juramento, pena, y otras circunstancias, y en particular quando el que le prometiò se obligò con clausula expresa, de que no consiguiendole no se pudiese escusar con haver hecho las diligencias posibles, y auiẽdo concluido que con esta clausula no puede auer excusacion, lo limita dict. nu. 24. his verbis. *In vno tamen casu promissor excusaretur sine aliquo dubio, etiam vbi essent adiecta dicta verba scilicet quando vxor esset mortua ante moram promitentis, & idem in quolibet alio, de cuius facto est promissum, nam tunc excusatur promissor ipso iure per imposibilitatem &c.* Cita la dicha ley si decesserit, y otros derechos, siguele Hypolito de Marsilijs de fide iussoribus quæst. 20. n. 155. y Zephalo cõs. 497. n. 5. to. 4. vbi etiã citat Abb. cons. 90. col. 1. & 2. to. 1. que es elegante doctrina para nuestro intento: pues lo mismo es que muera ante moram promitentis aquel que à de cumplir el hecho, ò aquel en quien à de redundar su cũplimiẽto.

¶ Nu. 9. Præterea es famosa la glosa in dict. l. si decesserit, sus

palabras

palabras son estas. *Item quid si promisisti mihi sthicum & si non dares promisisti decem, & ante moram moritur sthicus an tenearis ad pœnam videlicet ad decem videtur quod non vt hic.* Lo mismo enseña la glosa in l. si homo mortuus ff. de verb. obligat. explicalo docta y magistralmente Dino, in cap. nemo potest de reg. juris, in 6. nu. 14. ibi, *vel promito dare certũ hominem vivum, & si non dedero promito dare decem nomine pœne, & homo postea moriatur ante moram, glosatores juris Ciuilis aliquando determinant, & male quod pœna commitatur,* per l. in illa stipulatione si callendis, ff. de verb. obligat. aliquando determinant, & bené vt stipulationem cõmittitur ad pœná vt de verb. obligat. l. si homo mortuus, & in l. in illa stipulatione vbi nichil facit ad propositũ quia ibi. *Incipit stipulatio pœnalis â præcedenti conditione, & ideo interitu illius rei quæ non est in obligatione non potuit liberari promissor sed in proposito incipit â præcedenti conuentione, & ideo si res interẽpta sit à principio, pœna non debet cõmiti quia rei impossibili fuerat adiecta, item si moriatur post promissionem, & ante moram non comititur pœna quia interitu rei quæ in obligatione erat contingente ante promissoris morã liberatur à principali, & à pœne promissione &c.* Siguele Nicolas Boerio su adicionador littera A. y es tambien Magisterio de Bartulo in dicta l. in stipulatione si calendis n. 1. cum seqq. Explicalo elegantemente el Señor Obispo Sarmiento, lib. 4. selectarum interpretationum ad l. 3. §. si ita, ff. de lib. & post humis nu. 1. & 2. fol. 206. & 207. y nouissimamente el Obispo de Vrgel, Paulo Duran, in tractatu de conditionibus, & modis impossibilibus 4. part. cap. 3. n. 11. Vers. michi tamẽ ibi. *Idẽ dicendum est quanvis tempore promissionis stichus vivus esset si postea ante moram, & sine culpa mea sticus moriatur &c.* Y en el nu. 12. lo và continuando, y responde à la dicha Ley, in illa stipulatione si calendis.

¶ Nu. 10. Todos estos Doctores con la comun Escuela, distinguen entre las conuenciones puras, y las condicionales, en el caso primero enseñan que sobreviniendo la muerte ante moram, se libra el promissor de lo principal, y de la pena: de lo principal, ratione impossibilitatis, porque no se puede dar lo que muriò, de la pena, porq̃ esta no se deue sin culpa, y faltando la cosa ante moran, no la puede auer, y la obligacion penal como accessoria de lo principal sigue su naturaleça. En el casso segundo quando la conuencion comiença por condiciõ veluti si stichum intra calendas non dederis decem dare spondes, aunque stico se muera ante moram promissoris, se comete la stipulacion penal, porque esta es obligacion de por si, sin dependencia de la primera, quia stichus non fuit promissus sed in conditione positus, vease pues la Escriptura de Don Lope, y Don Pedro, y por ella constarà con

cui-

euidencia auerse obligado puramente y sin condicion, à sacar el Abito para Don Fernando dentro de dos años, y el termino passado no auiendosele entregado la merced, à pagarle dos mil ducados por su estimacion. Demodo que la obligacion principal es del Abito, y la secundaria y accessoria, es la de su estimacion, & ita cessando la primera por muerte de D. Fernando, ante moram promissorum, necessariamēte à de cessar la segunda.

¶ Nu. 11. Vlterius compruebase este intento, con vna obserbacion de Antonio Gomez to. 2. Var. cap. 11. nu. 35. disputa en el este casso: vna madre no se encargò de la tutela de su hijo, ni le hizo dar tutor, muriò el hijo dentro del año concedido à la madre para lo referido, mas tan al fin del, que era imposible dētro del poco tiempo que quedaba hazer que el hijo fuese proueido de la tutela: dudose si incurrió en priuacion de sucederle, que es la pena estatuida en Derecho, resuelbe que no, fundandose que la muerte sucediò dentro del año legal, & sic ante moram matris, siguenle Iuan Gutierrez de Tutelis, & curis 1. part. cap. 16. á nu. 82. y Leandro Galganeto in eodem tractatu lib. 3. quæst. 28. nu. 52. y el mismo Antonio enseña lo propio in l. 14. Tauri nu. 19. ad finem, para fundamento de su resolucion se vale de la Ley insulá intrabienniū ff. de verbor. oblig. vbi probatur q̄ vno se obligò à edificar vna Cassa dētro de cierto tiēpo cō promesa de pena, no lo cumplió, y llegabase el fin del termino, y dentro del q̄ quedaba era imposible hazer el edificio. Preguntose à Papiniano, si se cometia la estipulacion penal, y respondiò que no, hasta que el dia cediese. Pōdera tambien el cap. commissa. de electione in 6. y haze mencion de la dicha Ley in illa stipulatione si calendis. Y arguiese de estos mismos textos diziendo, que en la especie de ellos, el promissor passado el termino quedó obligado á la pena, ibi *Nec obstat si subtiliter dicatur quod in dictis juribus saltem tenetur promissor trāsacto tēpore in quo tenebatur facere, modo loquamur in pœna vel interesse legali modo conuentionali.* Y responde à su argumento con la erudicion que acostumbra, diziendo estas palabras decisivas de nuestra contingencia. *Quia singulariter eo nouiter respondeo, quod in dictis juribus transacto tempore ideo tenetur debitor vel promissor quia vere & realiter concurrit defectus conditionis & temporis quia post lapsum temporis aparet factum, vel illud quod est promissum nō fuit se impletum & vltra hoc,* ponderense estas palabras, *super est persona locus vel res in quo vel quæ debebat fieri, & adimpleri, sed in nostro cassu nō potest dici vere defecta conditio licet totus annus sit elapsus quia in eo decesit filius in cujus persona debebat impleri conditio vnde potest dici quod per matrem non extitit, & licet obijciatur quod saltem pertransiuit maior pars anni taliter in re*

 siduo

si suo tempore adimplere conditionẽ non posset. Respondetur quod nõ potest sibi hoc oponi cum totus annus cesit & erat positus in eius vtilitatẽ & dilationẽ, & ideo debetur totaliter & pleno jure gaudere, ideo non tenetur maxime cum tractetur de pœna sivi imponenda, & lege non caueatur quod isto casu tenetur, & ista est veritas in hoc articulo non sic per aliquem dilucidata &c. Es este lugar el mas celebre de la Iurisprudencia, y cortado á nuestro casso palabra por palabra, y segũ el, por auer muerto D. Fernando en quien se auia de cumplir el hecho prometido del Abito, no al fin del termino como sucediò en el caso dè Antonio Gomez, sino antes de la mitad, clare cõsequitur, que quedaron libres D. Lope, y D. Pedro, dela pena, interes, y estimacion que prometieron.

¶ Nu. 12. Y es muy à proposito la Ley mortuo bobe 49. ff. de leg. 2. vbi mortuo bobe qui legatus est neq; corium, neq; caro debetur, y aunque Lasarte in tractatu de Gabelis, cap. 12. nu. 16. la explica de bobe mortuo tẽpore legati, Barthulo sobre ella la entiẽde de bobe vivo, y la pone por sumario, quod super est ex re mihi debita ante moram perẽpta nõ debetur. Y ès regular q̃ faltãdo la cõdicion mixta por muerte de aquel en cuya persona se auia de cũplir, deficiat re dictũ, & promitẽs liberetur, quia nõ incidit in morã. Sãch. de Matrim. to. 1. lib. 1. disput. 33. á nu. 19. & Paulus Duran de cõditionibus impossibilibus quæst. 3. nu. 72. qui tractatus habetur post eius decisiones.

¶ Nu. 13. De inde, es famosa decission la de Fontanela, 142. en orden, la especie de ella es, que vn padre tenia dos hijas, casò la mayor y diola cierto dote, capitulò el ierno con el, que no dexando hijo varõ y instituiendo el padre por su vniuersal heredero à otro, que no fuesse la dicha hija mayor, en tal casso la avia de dar verbi gratia, mil vltra dotem nomine pœne, y se los donó nunc pro tunc: sucediò q̃ el padre casò à la hija segunda, y despues muriò la primera, y assi mismo el padre, el qual en su testamento instituyò por su heredera vniuersal á la hija segunda, por no dexar hijo varon, los herederos de la primera la pidieron los dichos mil cõtenidos enlos capitulos matrimoniales, respecto de no auer dexado por heredera à la hija primera. La Rea conuenida se fundaba enla nullidad del pacto, quia auferebat liberã testandi facultatẽ. Va Fontanela desde el nu. 2. apoyandola hasta el 14. y desde el 15. toma entre manos otro fundamẽto de la hija segũda, q̃ es el mismo de nuestra cõtingẽcia diziẽdo, q̃ quando muriò el padre y la dexò su herẽcia, era ya defunta la hija primera, en cuyo fauor se hizo la promessa de instituendo eã heredem, y como quiera quod mortui heredes institui nõ possint, & nõ stetiset per patrẽ quo minus pactũ adimpleret, sed propter impossibilitatẽ resultãtẽ ex casu mortis postea sucedẽtis, no debia ser cõdenado en la paga dela pena, de la cantidad prometida, si filiam primã heredem non institueret, quanvis pactum valeret, cita

vn

vn texto q̃ dize ser formal, in l. multa 6. ff. de cōditionibus, & demonstrat. vbi dicitur, que no se comete la mulcta cōtra aquel que se obligô à hazer vn Monumento, sub certa pœna, alicuius arbitratu sino le edificò respecto de la muerte del que avia de arbitrar antes que pudiese hazer el edificio, quia per ipsum non stetit.

¶ Nu. 14. En el nu. 17. comiença à motiuarlo con raçones, diziendo que por la imposibilidad, ò dificultad superueniente, se excusa el premissor de la pena, aunque sea conuencional, cita el lugar de Hipolito de Marsilis quæ à duximus nu. 8. llamandole de insigne, y para vencer la objeciō que se podia hazer de que ya que en la persona de la hija pre muerta, no se huviese podido cumplir el pacto, se pudo executar en los hijos y herederos que dejò, y en consequencia se debia la pena, responde desde el nu. 19. hasta el 21. diziendo, que la promessa auia sido de cossa personal coherente à la defuncta, y como tal, intransmisible, y no transitoria à sus herederos, y que à ellos no se auia extendido el pacto. Vease si puede auer decision mas ajustada de primo, ad vltimum para nuestra ocurrencia, que parece fue consultado Fontanela en ella, y que viò todos nuestros fundamentos.

¶ Nu. 15. Ay otra elegante decisiō de Cacherano Osasco 98. en orden, su especie es, que el tutor de dos pupilos remitiò todos sus bienes en fauor de su madre, para que por tiempo de tres años los goçase, y percibiese los fructos, ea lege quod talis mater, por el dicho espacio de tiempo diese los alimentos necessarios, y estudios de letras à los pupilos, y pagase las cargas anexas à la hazienda, obligandose todas las partes con juramento à la obserbancia. Sucediò que pasados algunos meses muriō vno de estos dos pupilos, el tutor dixo que por su parte el contrato se auia resuelto, y la madre auia de restituir la mitad de los bienes pertenecientes al predefuncto, ella lo negaba: Osascho entra fundando su justicia desde el nu 1. hasta el 8. y en el 9. cō los siguientes, sigue la contraria, y defiende el derecho del tutor, citando algunos textos y authoridades, en particular la ley penultima ff. de cōdit. & demonstrat. su casso es, que vn testador hizo cierto legado à vn quidam, si duobus dabat puta centum, muriō vno de estos dos, antes que el legatario les diese los 100. dudose si por esta causa el legado se extinguia, y dize el Iurisconsulto, que de rigor de Derecho se debiá extinguir, sed de æquitate sit interpretatio vt pro parte dimidia supræstitis debeatur, nisi legatario posit mora imputari, que es fortisimo texto en nuestro fauor, y no lo es menos la Ley in ~~tit.~~ tit.° erat scriptū ff. eodē tit. de condit. & demonstrat. vbi probatur q̃ el legado dexado à vno, si se cassare con Seiano se debe muriendose ya antes de las nupcias: y porque ay otros textos que parece prueban lo cōtrario como son la l. annua ff. de annues legatis, la ley que sub conditione §.

quoties

quoties, ff. de conditionibus institut. la ley turpia 54. §. sed & si serbi mors, ff. de leg. 1. l. sitio in principio, ff. eodē, la l. 1. C. de leg. algunas de las quales cita Osascho vbi supra, y las otras las traen el Cardenal Thusco litera L. cōclus. 38. n. 20. Menochio cons. 262. nu. 13. lib. 3. Pedro Francisco Linglois decis. 32. quæst. 8. nu. 1. Menchaca quæstionū illustrium 4. part. cap. 93. omitida la soluciō de Osascho nu. 15. el verdadero entendimiento de estos textos es, que en la especie de ellos el defecto de la condicion, no estuvo en alguno de las partes principales contraientes, sino en terceros, *& ideo relicta debentur quia factum vel casus contingens in persona tertij nō debet oficere cōtrahentibus, cum per eos nō steterit.* Esta explicacion se prueba de las palabras de las dichas Leyes, y de los Doctores citados, y en consequentia no quadran à nuestro caso, en el qual la muerte sucediò en el principal contraiēte que fue D. Fernando, con quien contrajeron D. Lope y D. Pedro, y el aceptò la promesa, y en su persona se auia de cumplir, y respecto de averle prevenido la muerte, y ser la cosa deducida en el contracto, personalissima sequitur euidenter auer quedado libres los promitentes, cum per eos non steterit quo minus pactum impleretur.

¶ Nu. 16. Y no será de obstaculo dezir, q̄ los derechos de Don Fernando se transmitieron en D. Geronimo como su heredero, y como sucessionario, quia respōdetur, q̄ con el presupuesto que hizimos en el art. 2. nu. 6. de que las gracias y mercedes de Abitos son personales, cesa perentoriamente esta dificultad, en virtud de las doctrinas indiuiduales que alli traximos, y de las generales del Derecho, las quales prueban, que las promesas puras, ò condicionales, hechas à vno de cosa personal, no se transfieren á sus herederos, Antonius Gomez 2. tom. Var. cap. 11. n. 36. col. 6. post principiū ℣. item etiam facit, cita la Ley veteris C. de contrahenda stipulatione, & ibi glosa ordinaria, & cōmuniter. DD. Cardinalis Thuscus lit. O. cōclus. 37. & lit. P. cōclus. 10. Dominus Valençuela consilio 16. nu. 34. antea, & de inceps tom. 1. Fōtanela dicta decis. 142. à nu. 19. Marcus Antonius Eugenius cons. 32. nu. 3. Franciscus Vejius cōs. 56. à nu. 1. Marius Muta decis. 49. nu. 17. 43. & 44. & é elegans cons. Abbatis 90. iam supra citatum nu. 1. lib. 1. con que el titulo vniuersal de heredero, no sufraga à Don Geronimo.

¶ Nu. 17. Menos le patrocina el particular de legatario, y cessionario: porque como parece de la clausula la manda, y cesion, solo fue del Abito, para que se le pusiese D. Geronimo, y las cosas personales no son cessibles, l. si mulier, §. si exasse ff. de iure dotium, y con los Señores Don Iuan del Castillo, la Rea, y Salgado, y otros derechos, y

autho-

authoridades, trae comun opinion nouissimamente, Olea decess. jurium, & actum tit. 3. quæst. 1. à nu. 3. Valéçuela cons. 34. nu. 210. Carpio de execut. testament. lib. 3. cap. 7. per totum, vbi. multa jura refert, & lib. 2. cap. 19. â nu. 13. y todo se prueba del cap. priuilegiũ personale de reg. juris in 6. de que resulta, que por ser la materia personalisima y cooherente à la persona de D. Fernando, luego q̃ murio espirò la obligacion: y en consequencia no tuvo que dexar à su hermano, pues no puede auer mas derecho en el heredero y cessonario, q̃ en el testador, ò cedente, quia nemo dat quod non habet, l. traditio, ff. de adquirendo reis dominio, Menoch. cons. 796. nu. 3. lib. 8. & resoluto jure dátis resoluitur jus accipiétis, l. lex vestigalis ff. de pignor. Parisius de resignatione 2. tom. lib. 11. quæst. 4. nu. 24. y querer estender esto a la persona del heredero y cessonario, es querer vt quis teneatur vltra quam promissit contra l. si quis in conscriuendo, C. de pactis, Surdus de Alimentis quæst. 24. tit. 4. nu. 6. Grat. 4. tom. discept. cap. 613. nu. 26.

¶ Nu. 18. Y no obstarà replicar que ya que este legado no valga en lo principal del Abito, debe valer en la estimacion de los 2ỹ. ducados, prout videmus in legato rei aliene secundũ legem cũ ré alienã C. de leg. quia dupliciter respondeo primo q̃ quãdo la cosa legada es del Principe, non debetur stimatio, l. apud Iulianum, §. constat. ff. de leg. 2. Menochius cons. 1145. nu. 13. lib. 12. Castillo lib. 3. Controuer. cap. 7. Mieres de Maiorat. 4. part. quæst. 40. à nu. 33. Y con euidencia se conoce que la md. delos Abitos està puesta pribatiuamente en el arbitrio de su Magd. y aunque suele concederlos, no mira esto à la existencia y valor de vna manda de vn Abito que no està dado, sino solo prometido hazer diligencia para sacarle, y esta accion no està en comercio de las cosas para sugetarla á estimacion, ni hazerla transitoria à los herederos, ò legatarios, siendo ella en si, vn acto personalissimo.

¶ Nu. 19. Secundo respondeo, q̃ quando lo q̃ se lega es de tal calidad y naturaleça, que se resuelve y acaba con la muerte del testador, no se debe la estimació al legatario, vt sũt jura elegátia, in l. quod in rerum, §. 1. ff. de leg. 1. & in l. vxor patrui, C. de legatis, trae algunos exemplos magistralmente Ant. Gomez 1. tom. Variar. cap. 12. n. 15. col. 2. ℣. ex quo notabiliter infero, circa finem, y enla col. 3. in principio Vers. 4. infero & Vers. 5. infero, idem Ant. Gom. 1. tom. cap. 5. nu. 24. illatione 25. siguenle Padilla in l. prædia nu. 2. C. de fidei commissis, Mieres de Maiorat. 4. part. cap. final nu. 8. & per totum, Michael Crassus §. legatũ quæst. 14. nu. 12. Peregrino de fideicommissis artic. 11. à nu. 102. 104. nu. 108. Menochio cons. 986. nu. 48. lib. 10. y

que este legado sea de cossa de la dicha calidad y naturaleça, paret ad oculum, & sepissime in hac allegatione repetitum est.

¶ Nu. 20. A se dexado engañar la parte, con algunos exemplares que à visto, en los quales se an tassado las mercedes de los Auitos reduciendolos à estimacion pecuniaria, vt contingit in judicijs familiæ hercifcunde, & in dotibus, sin reparar que estos aprecios son vnos actos voluntarios que se celebran entre los herederos, ò los Esposos, porque ellos quieren, y caen sobre mercedes hechas, y efectiuamente radicadas en alguna persona. Y aũ en tales terminos es menester nueba concession de su Magd. Mas nuestro casso es diuersissimo, respecto de que no interviene conformidad de partes, antes manifiesta contradicion, y repugnancia, y no huvo md. hecha, ni otra cosa, mas que vna promesa y incierta esperança, que se desvaneciò con la premoriẽcia de Don Fernando, por cuyo respecto y ser la materia prometida, de su naturaleça intransmisible, y incessible y personal, como està fundado con Parladoro, Aluaro Valasco, Hermosilla, y Carualho, no pudo obrar nada la voluntad del testador, ni se á de estar à ella, sino à las disposiciones del Derecho, que manifiestamente libran á D. Lope, y D. Pedro, ex regula l. nemo potest, ff. de legatis 1. y como cassos diuersos deben tener diferente disposicion, quia ex diuersis non fit illatio, L. Papinianus exuli ff. de minoribus, l. inter stipulantem, §. sacram ff. de verborum obligat. Ni tampoco es à proposito el exemplo de Regimientos, Veintiquatrias, y otros Officios Publicos, porque el valor de estos, es comunicable álos herederos y demas interessados, por pacto y voluntad de ellos, y porque no lo contradize su naturaleça. Cobarrub. lib. 3. Var. cap. 19. nu. 6. Ioan Garcia de Expensis cap. 4. n. 15. Tello Fernandez in l. 26. & 29. Tauri, Feliciano de Censibus tom. 1. lib. 2. cap. 3. à nu. 23. Valasco de partition. cap. 13. à nu. 62. Mieres de Mayor. 2. to. 4. p. quæst. 40. Latissime. Carualho vbi supra à nu. 97. Noguerol alegat. 19. à nu. 46. Salgado in laberint. creditorum 1. part. cap. 35. nu. 2. Olea decessio. jurium tit. 5. quæst. 8. nu. 17. ex quibus omnibus judicandum esse pro nostris clientibus feliciter speramus, salva in omnibus vestra eruditiori censura cui lucubrationem hanc libenter submito.

¶ *El Licenciado Don Martin de Orellana.*